



## **L'article L.145-39**

### **Chronique d'une bataille annoncée ?**

## **ARTICLE L.145-39**

*« En outre, et par dérogation à l'article L. 145-38, si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire. La variation de loyer qui découle de cette révision ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente. »*

## POUR RAPPEL

- \* L'article L. 145-39 ne concerne que les baux qui comportent une clause d'indexation du loyer, dite clause d'échelle mobile.
- \* Une clause d'indexation est une clause qui prévoit un automatisme de la révision du loyer aux indices, selon une occurrence déterminée (annuelle, triennale).
- \* La clause d'actualisation n'est pas une clause d'indexation mais une clause qui permet uniquement de déterminer le montant du loyer à la date de prise d'effet du bail, lequel loyer, ainsi déterminé, sera ensuite indexé.
- \* Le loyer variable dans le cadre d'un loyer binaire ne constitue pas plus une indexation
- \* L'indice contractuel utilisé est au choix l'ICC (toutes activités), l'ILC (activités commerciales, artisanales ou industrielles) ou l'ILAT (activités tertiaires, entrepôts) mais depuis la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 et pour les baux conclus ou renouvelés depuis 1er septembre 2014, en cas de fixation du loyer révisé aux indices dans le cadre de l'article L. 145-38 comme en cas de fixation du loyer de renouvellement au plafond (sauf disposition contraire pour le renouvellement), le calcul se fera par l'ILC ou l'ILAT.
- \* Les stipulations contraires aux dispositions des articles L. 112-1 et suivants du Code monétaire et financier. Ont notamment été réputées non écrites les clauses prévoyant : un loyer plancher, une indexation uniquement à la hausse, un plafond d'indexation, un tunnel asymétrique.

Les juges du fond doivent vérifier si la clause est ou non divisible. Les derniers arrêts de la Cour de cassation tendent à inciter les juges du fond à ne réputer non écrits que les paragraphes causant la distorsion. Si la clause d'indexation est réputée non écrite en entier, il n'y a pas de clause d'indexation et donc plus d'application possible de L. 145-39.

Si la date de révision intervient à une date différente de la date d'indexation conventionnelle, le bail doit être adaptée, la révision (comme le renouvellement) ne pouvant pas créer par eux-mêmes la distorsion prohibée. (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 sept. 2018, n° 17-19.525 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 janvier 2023, n° 21-23.412)

## LA SITUATION ACTUELLE

\* Pour les baux avec une indexation au 2<sup>ème</sup> trimestre à l'ICC par exemple, la variation de plus de 25% était atteinte avec le 2T2023 si le premier indice de référence était le 2T2017.

Mais cette variation à plus de 25% peut disparaître si ensuite l'indice diminue. Il faut donc utiliser la « fenêtre de tir » pour lancer une action en révision sur le fondement de l'article L. 145-39.

\* La loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat du 18 août 2022 avait plafonné à 3,5 % la variation annuelle de l'indice des loyers commerciaux (ILC) pour les petites et moyennes entreprises (PME) jusqu'au 1<sup>er</sup> trimestre 2023. Ce plafonnement a été prolongé jusqu'au 31 mars 2024 par une loi du 7 juillet 2023.

Il s'applique aux entreprises qui comptent moins de 250 salariés et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros annuel ou dont le bilan annuel total ne dépasse pas 43 millions d'euros. Les PME étroitement contrôlées ou détenues de façon substantielle par une autre entreprise en sont exclues.

Ce plafonnement a évidemment pour effet de retarder l'arrivée d'une variation à plus de 25% du loyer par le jeu de l'indexation.

## **UN ARTICLE D'ORDRE PUBLIC**

L'article L. 145-39 est d'ordre public et il ne peut pas y être dérogé :

- Une clause qui prévoit qu'en cas de révision légale le loyer ne pourra pas être fixé en-dessous d'un montant donné est contraire à l'article L. 145-39 et l'arrêt affirmant le contraire doit être cassé. (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 mars 2017, n° 16-13.914).

- Doit être réputée non écrite une clause qui interdit toute révision du loyer à la baisse (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 oct. 2016, n° 15-12.478).

L'ordre public étant de protection, le preneur peut renoncer à engager une action en révision sur le fondement de l'article L.145-39, mais uniquement dès lors que son droit est né, c'est-à-dire dès lors que le loyer a effectivement varié de plus de 25% par l'effet de l'indexation. (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 mars 2017, n°16-13.914)

## LE BAIL A LOYER BINAIRE

Il est de jurisprudence constante que la fixation du loyer révisé d'un bail stipulant un loyer binaire échappe aux dispositions régissant le statut des baux commerciaux et n'est régie que par la convention des parties.

\* Aux termes d'un arrêt en date du 13 janvier 1988 la troisième chambre civile de la Cour de Cassation a estimé : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la fixation du loyer révisé d'un tel bail échappe aux dispositions de ce décret et n'est régie que par la convention des parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 janvier 1988, n°86-16.978)

\* Statuant sur une demande de révision fondée sur l'article L 145-39 du Code de commerce, dans une espèce où les parties avaient prévu un loyer binaire, la troisième chambre civile de la Cour de Cassation a réitéré le même principe le 15 mai 1991. (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 mai 1991, n°89-20.847)

\* Et encore en 2013, la clause de loyer variable étant reconnue valable et la révision non applicable. (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 mars 2013, n° 11-28.461)

\* La Cour d'appel de Paris a même précisé, dans un arrêt du 5 octobre 2011, qu'il importait peu que, de l'aveu des parties, le loyer binaire ait été prévu dans le seul et unique but d'éviter la révision. Aucun vice de consentement n'étant allégué, la Cour reprend le même attendu de principe et déboute le preneur de sa demande de révision. (Paris, Pôle 5 Ch. 3, 5 octobre 2011, RG n° 10/01864)

\* La Cour de Riom en a décidé de même. (RIOM, 2 décembre 2015, RG n°14/01235)

Les baux ont ensuite prévu que lors du renouvellement du bail, le loyer de base (ou fixe, ou minimum garanti) serait fixé à la valeur locative, attribuant pour se faire compétence au Juge des loyers, la clause de loyer variable demeurant inchangée.

La Cour de cassation a estimé que le loyer binaire n'interdisait pas, lorsque le bail le prévoyait, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le loyer fixe à la valeur locative (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 nov. 2016, n° 15-16.826 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 nov. 2018, n° 17-27.798)

Mais ceci n'a pas modifié la jurisprudence. (Poitiers, 27 février 2018, RG n°17/003861 ; TJ Toulouse, Pôle civil Fil 3, 26 mai 2023, RG n° 21/01981)

## LE DEMANDEUR

Un flou ayant existé à la 16<sup>ème</sup> Chambre de la Cour d'appel de Paris, Bruno Boccara avait dès 1992 rappelé que le texte de l'article 28 du décret du 30 septembre 1953 (devenu L. 145-39) permettait tant au preneur qu'au bailleur d'initier la procédure en révision sur ce fondement. (La Semaine Juridique, Ed. Entreprise, 1992, n°40, 176)

Lorsque la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité sur l'article L. 145-39 c'est d'ailleurs en précisant que la question posée ne présentait pas un caractère sérieux puisque notamment cette révision « *peut être demandée indifféremment par le bailleur ou le preneur* ». (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 déc. 2012, n° 12-40.071).



## **LE FORMALISME**

L'article R145-20 précise :

*« La demande de révision des loyers prévue à l'article L. 145-37 est formée par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Elle précise, à peine de nullité, le montant du loyer demandé ou offert.*

*A défaut d'accord, la demande est jugée dans les conditions prévues aux articles L. 145-56 à L. 145-60.*

*Le nouveau prix est dû à dater du jour de la demande. »*

C'est un préalable nécessaire, à peine d'irrecevabilité.

Le nouveau loyer est dû à compter de la date d'envoi de la lettre RAR.

En cas de variation des prétentions des parties, le loyer fixé n'est dû qu'à compter de la demande qui en est faite par le bailleur

Un mémoire préalable est ensuite nécessaire avant la saisine du juge des loyers commerciaux, la procédure étant identique à celle pour la fixation du loyer de renouvellement (articles R. 1145-23 à R. 145-33 du code de commerce).

## **LA PRESCRIPTION**

C'est la prescription biennale de l'article L. 145-60 qui s'applique à chaque étape.

## CONDITION POUR LA MISE EN OEUVRE

Sans condition de délai, la révision de l'article L. 145-39 peut être demandée à tout moment dès lors que par le seul effet de la clause d'indexation du bail, le loyer a varié de plus de 25%.

\* L'indice a donc dû varier de plus de 25% sur la période considérée. Et ce que le bailleur ait ou non appliqué l'indexation contractuelle.

\* pour déterminer le point de départ pour le calcul du pourcentage de variation de l'indice, il est pris en compte le dernier loyer fixé contractuellement ou judiciairement (loyer initial du bail ou loyer modifié par accord des parties ou dernier loyer révisé sur le fondement des articles L. 145-38 ou L. 145-39).

- Il ne s'agit pas du loyer résultant de la dernière indexation, car l'indexation n'est pas un mode de fixation du loyer.

- Aux termes d'un arrêt du 15 décembre 2016 la Cour estime : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la demande de renouvellement notifiée par la locataire, le 24 décembre 2009, avait mis fin au bail du 20 octobre 1999 et qu'un nouveau bail avait pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2010, définissant un nouveau loyer, fût-il égal au montant du loyer qui était en cours sous le précédent bail, et retenu à bon droit que le loyer à prendre en considération pour apprécier la variation d'un quart permettant d'exercer l'action en révision de l'article L. 145-39 du code de commerce était le loyer initial du bail en cours à la date de la demande de révision, la cour d'appel en a exactement déduit qu'à défaut de variation d'un quart du loyer entre le 1<sup>er</sup> janvier 2010 et le 1<sup>er</sup> juillet 2010, la demande de révision était irrecevable* ». (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 mars 2016, n° 14-26.009 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 décembre 2016, 15-23.069)

- Il ne s'agit pas du loyer augmenté de la taxe foncière (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mai 2012, n° 11-13.448).

## **FIXATION DU LOYER REVISE**

L'article R. 145-22, alinéa 1 du Code de commerce prévoit que " *Le juge adapte le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative au jour de la demande.* "

Dès lors que le loyer a varié de plus de 25% par le jeu de la clause d'indexation du bail, le juge doit fixer le loyer à la valeur locative telle que définie par les articles L. 145-33 et R. 145-2 et suivants du Code de commerce, quelle qu'elle soit, à la hausse comme à la baisse, sans plafond ni plancher.

Le demandeur a intérêt à se renseigner sur la valeur locative des lieux avant de lancer la demande de révision.

## **DIVERS**

### **Le lissage**

La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 a complété l'article L. 145-39, en ajoutant : « *La variation de loyer qui découle de cette révision ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente* », ce qui s'applique, d'ordre public, aux baux conclus ou renouvelés à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2014.

### **La disparition de l'indice**

Si l'indice contractuel n'est plus publié, l'indexation contractuelle ne peut plus être effectuée, sauf si le bail prévoit un indice de remplacement déterminé ou déterminable.

### **Le cumul des révisions**

Il est possible, si pour chacune les conditions préalables sont remplies.